

der Waschküche als Küche der zweiten Wohneinheit, sowie die Wohnnutzung im Untergeschoss, insbesondere auch der Einbau von Dusche, Toilette und Sauna als unzulässig erweist. Insoweit sind die vorinstanzlichen Entscheide aufzuheben. Gegenstand dieses Verfahrens ist die Baubewilligung. Dem Gemeinderat obliegt die Herstellung und Überwachung des rechtmässigen Zustandes.

....

Verwaltungsgericht, 23. September 1999

Art. 1 Abs. 2 BO Oberägeri. – Bestandesgarantie. Die Bestandesgarantie beruht auf höherrangigem Recht und ist demgemäss auszulegen.

Aus dem Sachverhalt:

A. Am 3. Juli 1995 erteilte der Gemeinderat Oberägeri die Baubewilligung für den Neubau von zwei Mehrfamilienhäusern auf GS Nrn. Bei der Rohbauabnahme am 24. Februar 1997 wurde festgestellt, dass in den beiden Wohnungen EG West und EG Ost des Mehrfamilienhauses Nebenräume unerlaubterweise in Wohnräume umgenutzt worden waren. Bei einer weiteren Kontrolle am 15. Oktober 1997 stellte die gemeindliche Bauverwaltung erneut unbewilligte Änderungen fest. Am 16. Oktober 1997 erliess der Gemeinderat Oberägeri für verschiedene Wohnungen und Räume im Mehrfamilienhaus einen Baustopp.

Am 22. Januar 1998 erteilte der Gemeinderat Oberägeri nachträglich die Bewilligung für die Nutzungsänderung, da sich die Bauherrschaft auf Art. 1 Abs. 2 der Bauordnung Oberägeri berufen würde. Nach dieser Bestimmung sei der Weiterbestand von Bauten und Anlagen, die vor dieser Bauordnung erstellt worden seien, gewährleistet. Sie dürften unterhalten und innerhalb des bestehenden Volumens um- und ausgebaut werden, wobei die Bestimmungen über die Ausnützung, Geschosse, Höhenlage, Gebäude und Firsthöhe sowie Grenz- und Gebäudeabstände entfallen würden. Es sei nicht zu bestreiten, dass der Wortlaut dieser Bestimmung bei erster Betrachtung den Eindruck erwecke, die Bauten und Anlagen müssten bei Inkrafttreten der heute geltenden Bauordnung bereits erstellt sein, damit sie unter die vorerwähnte Bestandesgarantie fallen würden und ein Aus- und Umbau innerhalb des Volumens möglich sei. Mit der Bestimmung von Art. 1 Abs. 2 der gemeindlichen Bauordnung sei bewusst eine «Generalamnestie» für Bauten und Anlagen geschaffen worden, die vor Inkrafttreten erstellt, in Angriff genommen oder auch nur bewilligt worden seien. Dies bedeute im Grundsatz, dass bei solchen Bauten die bisherigen Nutzungsvorschriften entfallen würden und innerhalb des bestehenden Volumens ein voller Um- und Ausbau möglich sei. Mit der Formulierung «erstellt wurden» sollte die «Generalamnestie» bewusst auch Bauten und Anlagen einschliessen, bei denen im

Verlaufe der Zeit bauliche Veränderungen und insbesondere Umnutzungen ohne Bewilligung vorgenommen worden seien. Diese wären von den Erleichterungen ausgeschlossen, wenn die Formulierung «bewilligt worden» verwendet worden wäre. Dies hätte zu einer rechtsungleichen Behandlung geführt, die nicht beabsichtigt gewesen sei.

Mit Entscheid vom 11. August 1998 hob der Regierungsrat aufsichtsrechtlich die vom Gemeinderat Oberägeri am 22. Januar 1988 erteilten Baubewilligungen betreffend Wohnungserweiterungen und Umnutzungen auf und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässig bewilligten Zustandes innert drei Monaten nach Inkrafttreten des regierungsrätlichen Entscheides an. ...

Der Regierungsrat führt zur Begründung u.a. aus, aus dem Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 BO Oberägeri gehe klar hervor, dass die in dieser Bestimmung verankerte Besitzstandsgarantie nur für Bauten und Anlagen gelte, die bei Inkrafttreten der heute geltenden Bauordnung bereits erstellt, d.h. fertiggestellt gewesen seien oder ganz einfach bestanden hätten. Die Berufung auf die Besitzstandsgarantie setze nach allgemeiner Rechtsauffassung voraus, dass die betreffenden Bauten und Anlagen rechtmässig erstellt sein müssten. Rechtmässig erstellt sei eine Baute dann, wenn eine formell rechtsgültige Baubewilligung erteilt oder die Bauten und Anlagen zumindest materiell rechtmässig errichtet worden seien. Unter die Besitzstandsgarantie fielen ferner Bauten, die durch den Titel der Unvordenklichkeit geschützt seien. Für widerrechtlich erstellte Räume oder widerrechtlich vorgenommene Nutzungsänderungen gebe es keine Besitzstandsgarantie. Es liege ein klarer Verstoss gegen geltendes Recht vor. Der Regierungsrat komme in seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde nicht darum herum, gegen die offensichtlich gesetzwidrig erteilten Baubewilligungen einzuschreiten und diese aufzuheben.

...

Aus den Erwägungen:

2. Gestützt auf Art. 22^{quater} der Bundesverfassung verpflichtet das Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG, SR 700) Bund, Kantone und Gemeinden zur Planung (Art. 2 RPG) und schreibt in Art. 22 ff. RPG die Bewilligungspflicht vor. Darnach dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten (vgl. Art. 22 RPG). Das Baugesetz für den Kanton Zug (BauG, BGS 721.11) führte die Bewilligungspflicht allgemein ein (§ 62 Abs. 4 in der Fassung vom 18. Mai 1967) und verpflichtet in § 17 BauG die Gemeinden, eine Bauordnung zu erlassen mit Vorschriften über die Bauweise, Grenz- und Gebäudeabstände, Gebäudehöhe und Gebäudelänge, über die Baudichte, insbesondere Ausnutzungs-, Baumassen- oder Überbauungsziffern etc. (vgl. § 17 BauG). Im Baubewilligungsverfahren (formelles Baurecht) ist zu prüfen, ob ein Baugesuch den Bauvorschriften und den weiteren öffentlich-rechtlichen Vor-

schriften entspricht (materielles Baurecht) (§§ 27 ff. der Vollziehungsverordnung zum Baugesetz, VV BauG, BGS 721.111). Werden neue Bauvorschriften erlassen oder bestehende geändert, so stellt sich die Frage, ob bestehende (altrechtliche) Bauten, die dem neuen Recht nicht entsprechen, geändert oder abgebrochen werden müssen oder ob der Besitzstand gewährleistet ist. Die Bauordnungen enthalten deshalb regelmässige Bestimmungen über die Besitzstandsgarantie.

In GVP 1997/98, 89 hat sich das Verwaltungsgericht zur Besitzstandsgarantie im allgemeinen wie folgt geäussert: Die Besitzstandsgarantie wird aus der Eigentumsgarantie und dem Verbot der Rückwirkung von Gesetzen abgeleitet. Sie bedeutet, dass rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen in ihrem Bestand geschützt sind. Sie dürfen, auch wenn sie neuen Vorschriften und Plänen nicht entsprechen, als sogenannte altrechtliche Bauten so, wie sie sind, weiterbestehen, unterhalten und weiterhin in der bisherigen Art genutzt werden (BGE 113 Ia 122, 109 Ib 119 E. 4b; Aldo Zaugg, Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, S. 86; Leo Schürmann/Peter Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 3. A., S. 267). Das kantonale Recht kann diese Besitzstandsgarantie erweitern und auch Umbauten und Erweiterungen nach altem Recht behandeln, darf jedoch nicht gegen wichtige öffentliche Interessen der Raumplanung verstossen (BGE 113 Ia 122 f.; Schürmann/Hänni, a.a.O., S. 267). Besitzstandsgarantien kennzeichnen sich dadurch aus, dass sie vermitteln wollen. Sie streben darnach, zwischen den entgegengesetzten Interessen an der rechtsgleichen Verwirklichung des neuen Rechtes einerseits und den Interessen an der Bewahrung altrechtlicher baulicher Tatbestände andererseits einen Ausgleich zu schaffen (Martin Pfisterer, Die Anwendung neuer Bauvorschriften auf bestehende Bauten und Anlagen, insbesondere die Besitzstandsgarantie, S. 109). Die Besitzstandsgarantie schützt die rechtmässig erstellte Baute bzw. die rechtmässig getätigte bauliche Investition. Ein Umbau oder ein Ausbau setzen eine bestehende Baute voraus. Die Besitzstandsgarantie bezieht sich auf bestehende Bauten und nicht auf die nach altem Recht zulässigen und ausgenützten Baumasse. Es gibt kein «Recht der alten Baustelle» (GVP 1993/94, 36; 1981/82, 46; VGE vom 13.8.1987 i.S. Sch.). Die Besitzstandsgarantie kann somit nicht für eine (freiwillig) zerstörte Baute in Anspruch genommen werden. Das gleiche würde auch für ein Abbruchobjekt gelten. Die Rechtfertigung der Besitzstandsgarantie fällt dahin, wenn die geschützte bauliche Investition ihren Wert verloren hat.

Artikel 1 Abs. 2 BO Oberägeri lautet wie folgt:

Der Weiterbestand von Bauten und Anlagen, die vor Inkrafttreten dieser Bauordnung erstellt wurden, ist gewährleistet. Diese dürfen unterhalten und innerhalb des bestehenden Volumens um- und ausgebaut werden, wobei die Bestimmungen über die Ausnützung, Geschosse, Höhenlage, Gebäude- und Firsthöhe sowie Grenz- und Gebäudeabstände entfallen. Die Vorschriften über die Wohnhygiene (Art. 33 dieser Bauordnung) wer-

den vom Gemeinderat unter Berücksichtigung der baulichen Gegebenheiten von Fall zu Fall festgelegt. Kleine Lukarnen und Dachaufbauten sind erlaubt. Die Bestimmungen des eidgenössischen Raumplanungsrechts und des kantonalen Rechts über Bauten und Anlagen ausserhalb des Baugebietes bleiben vorbehalten.

Diese Vorschrift geht einerseits sehr weit. Der Gemeinderat spricht von einer Generalamnestie, was auch im Vorprüfungsverfahren durch die kantonale Baudirektion zur Sprache kam, ohne dass – soweit ersichtlich – die hier strittigen Probleme diskutiert worden wären. Andererseits erscheint Art. 1 Abs. 2 BO weniger differenziert als andere Bauordnungen hinsichtlich der Erweiterung altrechtlicher Bauten. Die Auslegung im Einzelfall ist im Lichte der vorgenannten verfassungsrechtlichen Normen und des höherrangigen Gesetzes- und Ordnungsrechtes vorzunehmen. Dies ergibt zunächst, dass die Gemeinde zur materiellen Prüfung der Bauvorhaben im Bewilligungsverfahren verpflichtet ist. Soweit unter Generalamnestie eine Sanktionierung widerrechtlicher Bauten zu verstehen wäre, würde die Gemeinde ihre Verpflichtungen nach höherrangigem Recht verletzen. Eine solche Amnestie liegt nicht im Rahmen der Gemeindeautonomie. Die Gemeinde ist vielmehr verpflichtet, das neue Recht rechtsgleich zu verwirklichen. Daneben tritt die aus der Eigentumsgarantie fließende Bestandesgarantie, welche rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen in ihrem Bestand schützt bzw. welche den Wert schützt, welchen der Eigentümer im Vertrauen auf die Baubewilligung geschaffen hat. Das gleiche gilt für ältere Bauten, die vor Einführung der Bewilligungspflicht erstellt wurden. Im vorliegenden Fall geht es nicht darum, das geltende Recht rechtsgleich anzuwenden unter Gewährleistung altrechtlicher Bauten. Es geht auch nicht um die Frage, ob der Besitzstand nur im Rahmen von Weiternutzung und Unterhalt oder in erweiterter Gestaltungsfreiheit gewährleistet ist.

Der hier strittige Ausbau von Räumlichkeiten wäre weder nach altem Recht noch nach neuem Recht materiell zulässig. Der Innenausbau ist – soweit strittig – in Verletzung der nach früherem Recht erteilten formellen Baubewilligung erstellt worden. Dementsprechend hat die Bauherrschaft bzw. haben die Erwerber auch nicht gutgläubig im Vertrauen auf die erteilte Baubewilligung ihre Investition getätigt. Die Berufung auf die Besitzstandsgarantie ist deshalb offensichtlich missbräulich. Die Besitzstandsgarantie der Bauordnung Oberägeri ist im Rahmen der Verfassung, insbesondere der Planungspflicht, der Eigentumsgarantie und der Rechtsgleichheit sowie im Sinne des höherrangigen materiellen und formellen Baurechtes auszulegen. Soweit Art. 1 Abs. 2 BO im Einzelfall bei isolierter Betrachtungsweise eine Auslegung ermöglicht, welche nicht verfassungskonform ist und dem höherrangigen Recht nicht entspricht, muss ihm die Anwendung versagt bleiben.

...

Verwaltungsgericht, 21. Oktober 1999